

Da unificação do direito privado e a proposta do Novo Código Comercial Brasileiro

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Especialista em Direito Privado

Graduado em Economia

RESUMO

O comércio surgiu a partir das trocas dentro dos grupos sociais, evoluindo depois para a mercancia entre cidades e entre nações. Aos poucos foram sendo instituídas regras, de início baseadas tão somente nos usos e costumes, até formar legislações, tais como o Código Comercial Francês, que distinguia as normas comerciais das normas civis, estas últimas relacionadas no Código Civil da França. Havia a dicotomia entre o direito comercial e o civil, assimilada pela legislação brasileira no Código Comercial de 1850, a chamada teoria francesa dos atos de comércio. Devido à evolução da sociedade, da economia e do comércio, a teoria francesa foi sendo superada pela Teoria da Empresa, de origem italiana, baseada na empresa como ponto central da economia, com tendência a unificar o direito privado, o que se reflete no Novo Código Civil Brasileiro de 2002 e agora com a proposta de um novo código comercial para o Brasil.

Palavras-chave: Teoria da empresa. Novo Código Civil Brasileiro. Unificação do direito privado. Novo Código Comercial Brasileiro.

ABSTRACT

Trade emerged from exchanges within social groups, then evolving into commodities between cities and between nations. Rules were gradually introduced, initially based only on customs and customs, to form laws, such as the French Commercial Code, which distinguished commercial rules from civil norms, the latter listed in the French Civil Code. There was the dichotomy between commercial and civil law, assimilated by Brazilian law in the Commercial Code of 1850, the so-called French theory of acts of commerce. Due to the evolution of society, economy and commerce, the French theory was overcome by the Theory of Enterprise, of Italian origin, based on the company as a central point of the economy, with a tendency to unify private law, which is reflected in the New Brazilian Civil Code of 2002 and now with the proposal of a new commercial code for Brazil.

Keywords: Theory of the company. New Brazilian Civil Code. Unification of private law. New Brazilian Commercial Code.

Introdução

O presente trabalho tem como tema o direito comercial e sua evolução histórica e jurídica, passando de ter como ponto central o comerciante até se tornar mais complexo, abrangendo outras várias atividades empresariais.

Discutimos suas primeiras normas até chegarmos ao século XIX, quando foi instituído o Código Napoleônico, que ordenou a atividade do comerciante, através da chamada teoria dos atos de comércio. Assim, quem praticava atos de comércio era considerado comerciante e tinha privilégios e proteção legal, distintos das regras civis.

O Brasil adotou, em seu Código Comercial de 1850, a teoria francesa. A legislação italiana, que de início se filiou à escola francesa, depois adotou sua própria teoria, baseada nas empresas, que uniam capital, trabalho e mão de obra, produzindo emprego e renda para o país. Com a publicação no Novo Código Civil Brasileiro, em 2002, houve a transição da teoria francesa para a teoria italiana, passando a se caracterizar o direito empresarial, bem mais abrangente e buscando unificar o direito privado nacional.

Estudamos a evolução do direito comercial brasileiro, a importância da empresa na legislação atual e a tentativa de unificar o direito privado, posto que, seja civil, seja comercial, a importância da empresa se infere como fonte de emprego e renda e sua importância social, política e econômica. E agora surge no país a tendência de se formular um novo código comercial, a fim de resgatar os valores e princípios desse ramo do direito, além de modernizar e atualizar suas regras.

Quanto à nomenclatura, somos de opinião que a nomenclatura direito comercial ou direito empresarial pode ser utilizada indistintamente, embora havendo forte tendência de na legislação brasileira se utilizar direito empresarial, o que é bastante atacado pelos comercialistas, que não aceitam tal alteração, pois, segundo eles, afronta os princípios daquele ramo do direito.

Alguns juristas, como Fábio Coelho, sempre defenderam a permanência da nomenclatura direito comercial, até mesmo porque permaneceu em vigor o código comercial marítimo.

Há grande discussão entre a nomenclatura, se permanece o nome direito empresarial ou comercial. Entretanto, mesmo com os argumentos dos tradicionalistas, o nome empresarial tem forte tendência a ser mantido, haja vista que reflete melhor a teo-

ria da empresa, adotada atualmente no Brasil. Ademais, os princípios e regras são basicamente os mesmos.

Também se discute entre a formulação de um novo código e a aprovação de leis esparsas. Todavia, essas podem se tornar em tão grande número que venham até a dificultar a abordagem dos casos. Por outro lado, são mais facilmente modificáveis, enquanto um código para ser alterado demanda uma atividade legislativa mais complexa, o que conflita com a tendência dinâmica de tal ramo do direito.

1 Das trocas à mercancia: aspectos históricos

No início da civilização, os produtos se destinavam apenas à subsistência, com produção do que se necessitava ou obtenção na natureza. Com o crescimento das populações, passou-se a haver excedentes e necessidades de bens de que não se dispunha, passando à primeira forma de comércio, a troca entre vizinhos ou nas praças públicas.

As trocas foram se intensificando e estimularam a produção de bens destinados especialmente à venda. Essa atividade, o comércio, então, expandiu-se, desenvolvendo meios de transporte e fazendo contato entre culturas distintas.

Conforme Jean Escarra *apud* Lippert (2003, p. 37), a história do direito comercial começa com o Código de Hamurábi, tido como o primeiro conjunto de leis, elaborado em 1763 a.C., com 282 artigos esculpidos em um bloco de diorito, que representava o direito consuetudinário dos babilônicos, embora a agricultura e a pecuária fossem a base daquela economia.

Egito e Creta marcam a evolução do direito comercial entre os séculos XVI e XV a.C. Esses países atingiram seu apogeu da expansão comercial, o que foi absorvido pelos fenícios, no século XI a.C.

Os fenícios eram comerciantes de artigos como tintas, seda e lãs da Índia. Com sua técnica de construção naval, dominaram a distribuição dos produtos oriundos do Oriente e fundaram colônias no mediterrâneo, com destaque para a ilha de Rodes, onde foram elaboradas leis marítimas posteriormente transmitidas para as civilizações grega, romana e medieval.

Entre VI a.C. e IV d.C. são destaques Grécia e Roma. Os gregos elaboraram normas de direito consuetudinário, principalmente com relação ao direito marítimo. As normas e institutos gregos foram absorvidos pelos romanos, apesar do pouco interesse no comércio pela sociedade romana, basicamente latifundiária e escravista.

Com a queda do Império Romano, houve as invasões dos latifúndios e os senhores feudais impuseram sua dominação.

Na Idade Média, o comércio difundiu-se por vários países. Durante o Renascimento Comercial na Europa, comerciantes e artesãos uniram-se em corporações de ofício, entidades que tinham autonomia perante o poder real e os senhores feudais.

Conforme Coelho (2003, p. 6), "nas corporações de ofício, como expressão dessa autonomia, foram paulatinamente surgindo normas destinadas a disciplinar as relações entre os seus filiados. Na Era Moderna estas normas pseudo-sistematizadas serão chamadas de Direito Comercial".

Como se vê, o direito comercial originou-se dos usos e costumes, em face da ausência de um sistema jurídico próprio para as transações comerciais, tendo os mercadores elaborado sua jurisdição própria em corporações, onde eram solucionados os conflitos entre os associados e entre associados e terceiros.

As feiras e vilas (burgos) em que os mercados se instalavam deram origem às cidades europeias, depois criando a chamada classe burguesa. As normas criadas pelos comerciantes foram consolidadas, originando a legislação das cidades italianas. Por essas normas, o direito se aplica àqueles que são associados a uma corporação de ofício, sendo, nessa época, um direito corporativo, especial, consuetudinário e autônomo.

Na segunda metade do século XVI, iniciou-se a era do Mercantilismo. Os tratados de Stracca, De Turrís e De Lucca, conforme Requião (1998, p. 17), representaram o início da sistematização e a regulação do comércio internacional.

Porém, a definição se a atividade era de natureza comercial ou civil continuava decorrente da figura do comerciante, do associado à corporação, de aspecto subjetivo, independentemente do ato praticado.

2 A edição do Código Comercial Francês e a teoria dos atos de comércio

No início do século XIX, foram editados na França o Código Civil (1804) e o Código Comercial (1808). Surgiu, então, um sistema jurídico para disciplinar as atividades, classificando as relações privadas em civis e comerciais, com regras diferentes para obrigações, contratos, prescrição, prerrogativas, foros e provas para cada regime. O campo de incidência do código comercial passou a ser determinado pela Teoria dos Atos de Comércio (COELHO, 2003).

Destarte, com o Código Comercial Francês, o direito comercial passou da pessoa do comerciante (fase subjetiva) para

os atos jurídicos praticados por qualquer pessoa (fase objetiva), os chamados atos de comércio. Deixou de ser necessário pertencer a uma corporação de ofício, bastando praticar atos considerados de comércio.

Fundamentado no Código Francês, pode-se entender por comerciante os que exercem atos de comércio com habitualidade. A Teoria dos Atos de Comércio difundiu-se, por exemplo, entre as codificações espanhola (1829), portuguesa (1833), italiana (1882) e brasileira (1850).

Ato de comércio distingue-se do ato jurídico de natureza civil pelo seu caráter especial, pela mediação entre a produção e o consumo, no seu conceito econômico. Consoante leciona Lippert (2003, p. 52):

O caráter especial do ato jurídico que o transforma em comercial é o fato de ser ato de intermediação e de especulação, exercido com profissionalidade e objetivando a lucratividade, em nada se distinguindo da teoria da intermediação (mediação, profissionalidade, habitualidade, lucratividade).

Havia os sistemas enumerativo e descritivo. O sistema enumerativo arrolava os atos considerados mercantis, sendo adotado pelo Código Francês e seguido por várias codificações. No sistema descritivo a lei indicava as características do ato de comércio. Transcrevemos o disposto nos códigos português e espanhol:

Serão considerados atos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar (FERREIRA *apud* LIPPERT, 2003, p. 53).

É de se ressaltar que Portugal elaborou dois códigos em 55 anos, o primeiro, de 1833, exigindo para caracterização como comerciante a matrícula no tribunal do comércio.

Os espanhóis também produziram dois códigos em 56 anos. Em 1829, adotou o sistema eclético, para ser reputado comerciante deveria estar inscrito na matrícula dos comerciantes e se ocupar com habitualidade do tráfico mercantil. O Código de 1885 adotou o sistema francês, sendo necessário somente se dedicar ao comércio com habitualidade para ser comerciante.

Na Alemanha (1897), o código comercial alargou a definição, considerando atos de comércio todos os que o comerciante pratica em suas atividades.

Segundo Coelho (2003, p. 8), atualmente na França não se distinguem mais atos de comércio dos civis, sendo qualquer atividade econômica, explorada por qualquer tipo de sociedade, regida pelo direito comercial.

3 O Código Brasileiro de 1850

O Direito Comercial brasileiro de início era disciplinado pelas leis portuguesas e pelos códigos da Espanha e da França, no caso de existência de lacunas, posto que na legislação portuguesa havia previsão de que para dirimir conflitos de natureza comercial poderiam ser aplicadas as leis de nações amigas e cristãs.

O Brasil seguiu o modelo francês e adotou o sistema enumerativo, embora não houvesse sequer a expressão "atos de comércio". Era dividido em três partes: do comércio em geral, do comércio marítimo e das quebras, afora a legislação complementar sobre a justiça comercial.

De natureza subjetivista, em vez de ser criado um sistema enumerativo no próprio código, ficou previsto que os atos de comércio só seriam definidos quando regulamentada a competência dos Tribunais do Comércio, previstos para funcionar no país. Porém, em 1875 foram extintos os Tribunais do Comércio, passando sua jurisdição para a Justiça Comum e as funções administrativas para as Juntas Comerciais.

O sistema enumerativo acarretou, todavia, profunda controvérsia, sobretudo na França, pois foi necessário indagar se a enumeração da lei era taxativa ou meramente exemplificativa.

Acerca da discriminação dos atos de comércio, Requião (1998, p. 40) entende que esta foi meramente exemplificativa, permitindo interpretação extensiva.

Adotou o Código Comercial Brasileiro o sistema subjetivo, porquanto define o que seriam os atos de comércio ao fornecer o conceito de comerciante. A definição de atos de comércio estava no regulamento nº 737, de 1850:

Art. 19. Considera-se mercancia:

Os actos enumerados pelos paragraphos que se seguem são reputados commerciaes júris et de jure, não sendo admissível prova em contrario.

§ 1º - A compra e venda ou troca de effeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º - As operações de cambio, banco e corretagem;

§ 3º - As empresas de fabricas, de commissões, de deposito, de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos;

§ 4º Os seguros, fretamentos, riscos, e quaesquer contratos relativos ao commercio marítimo;

§ 5º A armação e expedição de navios.

Mendonça (1933) defendia que o rol do artigo 19 do Regulamento 737/50 descrevia os atos mais importantes para a profissão de comerciante. Assim, apresentou a divisão dos atos de comércio considerada clássica e utilizada por vários doutrinadores:

a) atos de comércio por natureza ou profissionais - correspondem à enumeração do artigo 19 do Regulamento nº 737;

b) atos de comércio por dependência ou conexão - são os atos que visam a promover, facilitar ou realizar o exercício do comércio;

c) atos de comércio por força ou autoridade da lei - como os que constam do artigo 20 do Regulamento (letras de câmbio, seguros, riscos e fretamento, entre outros).

No Brasil foi difundida a Teoria de Carvalho de Mendonça, constituindo-se uma abordagem exemplificativa dos atos de comércio no período em que vigorou a teoria francesa no país, concedendo-se alguns privilégios a alguns tipos de comerciantes, em detrimento de uma classe de empreendedores que mais e mais crescia na economia nacional.

4 A Teoria da Empresa e a transição para o Direito Empresarial

Em 1942 surgiu na Itália um novo sistema de regulação das atividades econômicas. Aumentou o âmbito de incidência do direito comercial, passando a ser aplicado a atividades antes consideradas civis. Então, o direito comercial passou de regular somente a mercancia para regular também a produção empresarial de bens ou serviços.

Na época havia uma divergência ideológica entre o fascismo e o marxismo, com luta entre burguesia e proletariado, através do perfil corporativo da empresa apresentando a comunhão dos ideais de empresários e trabalhadores. De acordo com Coelho (2003, p. 9):

Para o marxismo, o proletariado tomará o poder do estado, expropriará das mãos da burguesia os bens de produção e por fim às classes sociais (e, em seguida, ao próprio estado), reorganizando-se as relações de produção. Já para o fascismo, a luta de classes termina em harmonização patrocinada pelo estado nacional. Burguesia e proletariado superam seus anta-

gonismos na medida em que se unem em torno de superiores objetivos da nação, seguindo o líder que é intérprete e guardião destes objetivos. A empresa, no ideário fascista, representa justamente a organização em que se harmonizam as classes em conflito.

A Teoria da Empresa tornou-se independente dos ideais fascistas, permaneceu após a democratização da Itália e inspirou a reforma da legislação comercial de vários países, como a Espanha (1989) e o Brasil (2002).

Destaque-se que a teoria italiana não se prende ao gênero da atividade econômica. O que importa é o desenvolvimento da atividade econômica mediante a organização de capital, trabalho, tecnologia e matéria-prima, que resulta na criação e na circulação de riquezas. O direito comercial teve o seu campo de abrangência ampliado, alcançando atividades econômicas até então consideradas civis em razão do seu gênero.

Por conseguinte, a teoria da empresa, ao contrário da teoria francesa, não divide as atividades econômicas em dois grandes regimes (civil e comercial), mas adota um regime amplo para as atividades econômicas, excluindo desse regime apenas as atividades intelectuais, de natureza literária, artística ou científica.

Muitos autores não distinguem o empresário comercial da figura do antigo comerciante. Entretanto, no conceito social de empresa, que tem fins de auferir lucros, mas também propiciar emprego e renda, essa tem reflexos na economia nacional.

Fatores como a oscilação da economia podem fortalecer ou levar a empresa à falência, razão pela qual reiteradamente o governo intervém com medidas fiscais, monetárias e cambiais, não para manter o lucro dos comerciantes, mas à luz de princípios como da livre-iniciativa, da função social da empresa, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas para manter o país em crescimento, visando o bem comum.

5 A teoria da empresa no Brasil

Várias leis brasileiras passaram a apresentar aspectos da teoria da empresa, mesmo durante a vigência do antigo Código Comercial, baseado na teoria francesa.

Em face das lacunas nas normas comerciais do país e da falta de critérios científicos na divisão entre atividades civis e comerciais, como também pela exclusão de importantes atividades do rol de comerciais, passou-se a considerar a teoria dos atos

de comércio insuficiente à evolução social e à complexidade das relações comerciais brasileiras.

Houve um período de transição entre a Teoria dos Atos de Comércio, adotada no Código Comercial e em leis extravagantes, como o Decreto-Lei 4.574/45, e a Teoria da Empresa.

Várias normas começaram a refletir a Teoria da Empresa, como a Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), Lei 9.279/96, da Propriedade Industrial, e Lei 9.841/99, Estatuto da Micro e Pequena Empresa, entre outras.

Portanto, em face da evolução econômica e social do país, a teoria dos atos de comércio foi sendo superada. Embora vigente por mais de um século e meio, com o crescimento econômico, a industrialização, o crescimento das cidades, a especialização dos ramos industriais, comerciais e de serviços, o direito comercial passou a exigir uma nova concepção, que veio a ser apresentada com o Novo Código Civil, que adotou de maneira efetiva a teoria da empresa e tentou unificar o direito privado.

6 A unificação do Direito Privado

Conforme Almeida (2004), Cesare Vivante lançou em 1892, na Universidade de Bolonha, a ideia de unificação do direito privado, criticando a existência de dois códigos, o civil e o comercial, este voltado para o interesse exclusivo dos comerciantes. Outra crítica de Vivante era que a dicotomia do direito privado prejudicava o exercício do direito e a aplicação da justiça, vistas as controvérsias sobre matéria civil ou comercial, principalmente por causa da problemática de se definir atos de comércio.

De outro lado, o também italiano Alfredo Rocco defendia a autonomia do direito comercial, afirmando que existiam princípios gerais de direito comercial e princípios gerais de direito civil, que tinha métodos próprios, doutrinas homogêneas e as relações particulares que regula.

Em 1942 foi promulgado o Código Civil Italiano, unificando parcialmente o direito privado daquele país. Entretanto, logo após foram promulgadas normas disciplinando o direito falimentar e concordatário, demonstrando que a unificação não era tão absoluta como se planejava.

No Brasil, em 1859 foi elaborado um projeto de Código Civil unificando as normas mercantis, mas foi de logo rejeitado. Mas, com o Código Civil de 1916, do projeto de Clóvis Beviláqua, permaneceu a separação entre direito civil e comercial.

Com a promulgação do Novo Código Civil de 2002, defendido como o diploma de unificação do direito privado brasileiro, esta foi parcial, como defende Almeida (2004, p. 6):

- O direito falimentar continua regido por lei especial;
- Os títulos de crédito, apesar das normas gerais nos arts. 887 e 926 do Código Civil, são disciplinados por leis específicas;
- A sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações são regidas por lei própria;
- Continua em vigor a parte segunda do Código Comercial, sobre o Direito Marítimo.

Ademais, conforme Martins (1995, p. 44), "ao contrário do direito civil, formalista e complexo, o comercial procura soluções para as diversas relações jurídicas dentro da maior simplicidade". E prossegue: "o direito comercial é cosmopolita, com tendência à internacionalidade, ao contrário do direito civil - mais voltado às relações pessoais e internas de cada país".

Com a evolução social, política e econômica, houve a formação de grupos, tais como o MERCOSUL e o Mercado Comum Europeu. Às legislações dos países foram sendo adicionados os tratados e convenções internacionais, além da formação de entidades reguladoras do comércio, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o que demonstra mais e mais a importância do direito empresarial, tanto a nível jurídico, como a nível econômico e político.

Configura-se uma tendência à descodificação dos sistemas, por meio de leis especiais e autonomia crescente dos diversos ramos do direito. Como observa Wald (2011, p. 237):

Cabe ao direito societário acompanhar a evolução tecnológica e as relações comerciais, ou seja, constituir realmente um novo direito para uma nova economia. A melhor opção consiste, pois, em manter uma lei especial para a matéria ou, no futuro, incluí-la num verdadeiro Código das Sociedades Comerciais, que existe em outras legislações.

Carvalhosa (2012) dispõe que a tendência do direito, a partir do século XX, é a superação dos códigos por leis especiais, por serem mais efetivas. Em seus termos:

A mobilidade que as leis especiais apresentam, permitindo a adaptação do seu texto à contínua evolução do processo social e de suas técnicas, impôs, com efeito, a adoção de uma lei especial para regular a sociedade anônima, cuja dinâmica é, de certo modo,

incompatível com uma lei geral cuja vocação é a permanência. [...] A função da lei geral, no caso o direito comum (Código Civil de 2002), é a de perpetuar valores fundamentais da sociedade, de longa tradição, sem embargo da inclusão em seu texto da evolução das relações pessoais e coletivas (CARVALHOSA, 2012, p. 376).

Então, segundo tais autores, a moderna tendência do Direito é no sentido da descodificação, para a existência de leis especiais, mais flexíveis, mais facilmente passíveis de mudanças e atualizações de acordo com a evolução social, que requer normas que atendam ao anseio dessa sociedade.

Os códigos, por sua extensão e complexidade, para sua reforma requerem vários trâmites legislativos, portanto de forma mais lenta, às vezes não atendendo às tendências sociais, que evoluem de forma célere, principalmente na área empresarial, cada vez mais globalizada. Por conseguinte, as leis esparsas sobre assuntos específicos tornariam o direito atual, aplicável e moderno, atendendo à evolução do sistema jurídico no aspecto empresarial.

Entretanto, temos no Brasil o Direito Empresarial inserido no Código Civil, que contém, em grande parte, normas gerais, e com vasta legislação extravagante, o que demonstra já aspectos de atendimento às necessidades de constante atualização desse ramo do Direito, que se encontra intimamente ligado também à política econômica e social do país, requerendo, às vezes, reformas céleres.

A empresa, além de produtora de bens e serviços, tem sua função social, baseada principalmente no princípio da continuidade da empresa, razão pela qual a legislação busca preservá-la em funcionamento, com vários institutos possíveis, tais como a recuperação judicial, além da concessão de crédito pelo governo, tudo com o intuito de continuar gerando emprego e renda e expandindo a economia nacional.

Com o Código Civil de 2002, o Brasil abandona a Teoria dos Atos do Comércio, põe fim à fase objetiva dentro do Direito Comercial. Tem-se a empresa e o empresário como responsáveis pela circulação dos bens e serviços. Empresa definida como a organização dos fatores de produção (natureza, capital e trabalho) para o exercício de uma atividade econômica consistente na produção, circulação de bens e serviços, substituindo a figura do comerciante tradicional pela do empresário.

A empresa, pois, tem maior abrangência para a sociedade e para a economia, pois não é somente composta por entidades

comerciais: é pessoa jurídica que dá emprego e é essencial para a economia nacional.

7 O Direito Comercial e sua inserção no Código Civil

Considerando todo o desenvolvimento do Direito Comercial, evidenciando o panorama da transição da teoria comercial para a empresarial, os doutrinadores discutem atualmente sobre a presença deste no Código Civil de 2002 e o motivo de se absterem de editar um novo código comercial, distinto do Código Civil, que afirme a autonomia desse ramo do direito, pois, apesar da unificação formal, jamais houve a incorporação literal do direito comercial ao direito civil.

A unificação dessas matérias é uma questão de organização legislativa e, mesmo não tendo suas normas inseridas em um código próprio, sempre terá autonomia jurídica, pois é dotada de princípios e regras próprias, autônomas e independentes e possui um campo de atuação delimitado.

A nomenclatura que se dá, na verdade, não afeta em nada sua autonomia, nem mesmo por fazer parte do Código Civil, ambos ramos do direito privado. Por outro lado, não se deve confundir autonomia formal com autonomia científica. Aquela não é fator determinante da autonomia de qualquer ramo do direito, pois se trata de mera questão discricionária do legislador.

Há diferenças que são discutidas, para uma definição de obrigações, sobre comerciante e empresário e o fim de sua atividade, para tratar de uma obrigação comercial ou de uma obrigação civil.

A alteração legislativa trouxe inovações no sentido de equiparar o comerciante ao empresário, de forma a ampliar o alcance da nomenclatura, no intuito de abarcar também quem não era compreendido como comerciante, passando a regular todos os atos praticados na economia entre indivíduos de direito privado. No entanto, o Direito brasileiro já incorporava na doutrina, na jurisprudência e em leis esparsas a teoria da empresa mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

O Código Civil, no livro dedicado ao direito empresarial, apresentou novas estruturas de sociedades, definidas em simples - que já existiam no sistema italiano e suíço - e empresárias, que se dedicam a atividades de natureza econômica.

Diante das críticas que sofria o critério dos atos de comércio, que contemplava um rol taxativo, a figura do comerciante foi extinta com a edição do Código Civil de 2002, substituindo-a

pelo empresário, passando-se do regime da comercialidade para um regime de empresariedade, conforme o artigo 982 do Código Civil vigente.

8. A problemática da tradicional nomenclatura Direito comercial

A expressão direito comercial, que ficou consagrada no meio jurídico acadêmico e profissional, surgiu na Idade Média com um caráter eminentemente subjetivista, já que o comércio foi a atividade precursora deste ramo do direito, sendo elaborado pelos comerciantes, reunidos nas corporações de ofício, para disciplinar suas atividades profissionais.

Assim, não é difícil constatar a relutância de alguns autores desse ramo do Direito em aceitarem a mudança de nomenclatura, isto é, taxando-se o direito como empresarial e não mais como comercial.

Hodiernamente, o direito comercial cuida das relações empresariais atuais e não apenas do comércio. É aplicável a qualquer atividade econômica exercida com profissionalismo, intuito lucrativo e finalidade de produzir ou fazer circular bens ou serviços. Aplica-se aos agentes econômicos chamados de comerciantes e doravante denominados de empresários individuais e as sociedades empresárias.

Diante da atual realidade, seria mais prudente a utilização do direito como empresarial, até como forma de modernizar esse ramo do direito, quebrando a tradição comercial firmada desde a Idade Média e uniformizando a nomenclatura, admitindo que a Teoria do Comércio pelo nosso ordenamento jurídico foi transposta pela Teoria da Empresa.

Inicialmente, o Direito Comercial se prestava à regulamentação das atividades do comércio. Porém, com o passar do tempo, as atividades comerciais evoluíram sobremaneira, passando a abranger a indústria e outras atividades não necessariamente mercantis.

Dessa forma, observa-se que a evolução ocorreu na medida em que a ideia reducionista do Direito comercial se tornou obsoleta e não é mais o comerciante, subjetivamente, nem o ato de comércio, sob a ótica objetiva, mas a empresa o centro do direito tradicionalmente nomeado de comercial.

O direito empresarial não trata apenas de atividades empresariais, mas de toda atividade econômica exercida profissionalmente, visando ao lucro e à circulação de bens ou troca de serviços.

Demonstra-se, com isso, que a teoria da atividade empresarial proporcionou uma mudança de estrutura no antigo Direito Comercial, havendo um distanciamento entre os dois. "A teoria da empresa é fruto da teoria dos atos de comércio, onde a figura do comerciante foi substituída pela figura do empresário que pode se dedicar às atividades de cunho comerciais, como as atividades de intermediação de bens e serviços" (CAMPOS, 2010, p. 51).

A adoção da nomenclatura Direito Empresarial seria um passo grande direcionado à modernização do nosso ordenamento jurídico, porque quebraria o costume de o direito sempre ser guiado pelo tradicionalmente aceito, de forma a demonstrar que o direito também acompanha as inovações da sociedade.

9 A proposta de um novo Código Comercial

O Código Comercial de 1850 tinha três livros, a saber: Do Comércio em Geral; Do Comércio Marítimo; e Das Quebras.

Em 1890 surgiu a primeira Lei Falimentar, derogando a parte terceira do Código Comercial. O Código Civil de 2002 derogou a parte primeira do Código Comercial de 1850, sobrando apenas a parte segunda, referente ao Direito Marítimo.

Não se pode, portanto, dizer que ainda subsiste o Código Comercial de 1850 nem que o conjunto de normas referentes ao Direito Marítimo é um Código Comercial. A proposta de um novo código comercial busca reverter a unificação do direito privado empreendida pelo Código Civil.

Tivemos um código comercial que vigeu durante mais de um século, com artigos que discutiam, por exemplo, questões superadas pela tecnologia, tais como o tempo da aceitação e da recusa de proposta, utilizando-se a remessa de carta, quando já se utiliza e-mail, celular e até aplicativos como WhatsApp em negociações comerciais, onde a aceitação e recusa são instantâneas.

O direito comercial precisa estar sempre atualizado, em relação tanto à internet quanto ao comércio eletrônico e a tudo o que lhe é pertinente, para utilização de títulos de créditos, contratos e obrigações que em forma eletrônica tenham a agilidade que o comércio e a sociedade almejam.

Os juristas criticam as disposições do Código Civil quanto ao livro II sobre direito de empresa, ressaltando que os 229 artigos não foram suficientes para abordar adequadamente o sistema comercial brasileiro. Como discorre Mendes (2009, p. 1):

Na verdade não há unificação das disciplinas de Direito Civil e Direito Comercial, o que houve em 2002, com o advento do Código Civil, foi a unificação de cer-

tas obrigações de direito privado e a inclusão, na lei civil, de textos que tratam de assuntos relativos a direito comercial [...] Criou-se o Livro II intitulado "Do Direito de Empresa", houve a fusão do Direito Civil com o Direito Comercial, é dividido em quatro títulos referentes aos artigos 966 a 1.195, disciplinando-se tudo que diga respeito ao "empresário", "empresa", "o estabelecimento", e os "institutos complementares" que regulamentam e disciplinam a atividade empresarial.

A autonomia do Direito Comercial no Brasil é referida até mesmo na Constituição Federal, menciona "Direito Civil" em separado de "Comercial" (CF, art. 22, I), com isso como mencionado anteriormente não compromete a autonomia do Direito Comercial. A maneira mais adequada de chamar as alterações do Novo Código Civil em relação ao Direito Comercial é que houve uma organização no direito privado brasileiro [...] Mesmo com toda evolução que teve ao longo das décadas, o Direito Comercial inserido no Novo Código Civil, não perdeu sua autonomia.

O Código Civil de 2002, agora substituído pelo termo, Direito Empresarial, constitui o termo inicial de uma fase nova da disciplina no país. Será a base para a caracterização do empresário e da delimitação da matéria comercial segundo a teoria da empresa, concorrendo para a definição da comercialidade das relações jurídicas no Brasil.

Como recentemente afirmou o professor Fábio Ulhôa em um de seus livros, ao citar Waldemar Ferreira em 1960, apreciando a questão: "possui o Direito Comercial traços que o tornam inconfundível. Mas não desaparecerá. Códigos são uma coisa. Direito é outra".

Nove anos após a vigência do Código Civil, foi apresentado em 2011 na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.572, que visa instituir o novo Código Comercial. O projeto inicialmente era composto por 670 artigos, sendo dividido em cinco livros, sobre as seguintes matérias: Livro I - Da Empresa; Livro II - Das sociedades empresárias; Livro III - Das obrigações dos empresários; Livro IV - Da crise da empresa; e Livro V - Das disposições finais e transitórias.

No Senado Federal tramita o Projeto de Lei 487/13, que também propõe um novo Código Comercial, formado, a princípio, pelos seguintes livros: PARTE GERAL: Livro I - Do Direito comercial; Livro II - Da pessoa do empresário; Livro III - Dos bens e da atividade do empresário; e Livro IV - Dos fatos jurídicos empresariais. PARTE ESPECIAL: Livro I - Das sociedades; Livro II - Das obrigações dos empresários (contratos, obrigações e títulos de crédito); Livro III - Do Agronegócio; Livro IV - Do Direito Comercial

Marítimo; e Livro V - Do processo empresarial. PARTE COMPLEMENTAR: Livro Único - Das disposições finais e transitórias.

Vale ressaltar que, nos termos do regimento das casas legislativas, terá preferência na votação o projeto que primeiro chegar à casa revisora. O que está com tramitação mais avançada é o projeto oriundo da Câmara Federal, que até final de 2016 estava para ser pautado para votação na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, mas a votação do relatório final foi adiada, segundo o relator, a pedido do governo, que "quer dar mais algumas sugestões ao texto" (CARAM, 2016, p. 1).

O projeto ora em discussão foi elaborado por uma comissão liderada pelo jurista Fábio Ulhoa Coelho, havendo encontros em vários estados, com juristas, empresários e políticos para discutir e apresentar propostas para o novo código.

Vale ressaltar que o novo Código Comercial visa atualizar e disciplinar relações jurídicas, tais como os contratos celebrados entre empresas, os contratos firmados entre estas e os bancos, os títulos que viabilizam o financiamento privado das atividades econômicas, os direitos e obrigações dos sócios e as medidas relativas à crise da empresa (falência e recuperação judicial), com os princípios e normas de tais atividades.

Destacam-se entre suas principais alterações a admissão e regulamentação dos contratos celebrados de forma eletrônica, bem como os títulos de crédito deles derivados, como a duplicata. As assinaturas eletrônicas terão presunção jures et jures, até mesmo em face da certificação digital.

Aborda temas pertinentes à vida moderna, tais quais o princípio geral da boa-fé e ética na interpretação dos contratos; comércio eletrônico; função social da empresa e regulação da atividade dos shoppings; permissão para que toda a documentação empresarial seja mantida em meio eletrônico, entre outros, o que demonstra a louvável intenção do texto de modernizar e evoluir a legislação comercial.

Busca-se contemplar os avanços tecnológicos aplicáveis à documentação empresarial e o comércio via internet, o fornecimento, de colaboração, de logística, de investimento conjunto, contratos bancários, financeiros, entre outros tipos, e a regulamentação das obrigações dos empresários.

Outro ponto diz respeito à limitação da responsabilidade dos sócios, com seus bens pessoais, por dívidas trabalhistas da pessoa jurídica e, ainda, a simplificação das juntas comerciais no registro das empresas.

Além da normatização de temas atuais, vale destacar os seguintes pontos:

- A regulamentação das obrigações dos empresários, com atenção aos princípios e regras próprios do direito comercial ou empresarial, superando-se a experiência de unificação do direito privado empreendida pelo Código Civil, que tem sido considerada prejudicial à previsibilidade das decisões judiciais e à força vinculante dos contratos;

- A instituição de prazos prescricionais mais curtos do que os de direito civil, medida mais adequada à rapidez dos negócios empresariais, como também a regulamentação de contratos empresariais, como os de compra e venda mercantil, de fornecimento, de colaboração, de logística, de investimento conjunto, contratos bancários ou financeiros, entre outros.

É prevista a introdução de um novo contrato denominado "fideicomisso empresarial", que impulsionará os investimentos em grandes empreendimentos e obras públicas, além da modernização da disciplina jurídica da duplicata, tratando, inclusive, de seu suporte eletrônico.

Fideicomisso significa a custódia e administração de bens, interesses ou valores de terceiros. Conhecido no exterior pelo nome *trust*, é uma alternativa para investimentos que está sendo expandida pelo novo código em discussão.

O regime fiduciário é uma alternativa nova para o empresário se proteger dos riscos empresariais. A Lei deve estimular os investimentos e proteger a comunidade empresarial, limitando as perdas no caso de insucesso do empreendimento. Atualmente, para o empresário se proteger do risco empresarial, ele precisa, necessariamente, chamar alguém para ser seu sócio. Com o regime fiduciário isso será dispensável, podendo investir nas empresas mas sem ser sócio, recebendo apenas os lucros do investimento.

Codificação ou descodificação, o importante é que a legislação esteja sempre em conformidade com os avanços e a dinâmica das relações comerciais.

10 Alguns pontos a se destacar no projeto

Conforme os juristas que defendem o projeto, os princípios gerais do novo Código são liberdade de iniciativa, liberdade de competição e especialmente a função social da empresa, esta de grande repercussão na sociedade, posto ser o grande gerador de emprego e renda do país. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, mas também por contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade onde atua, de sua região e do País.

Além disso, a empresa exerce seu papel social ao adotar práticas empresariais sustentáveis, visando à proteção do meio ambiente, e ao respeitar os direitos dos consumidores, segundo as leis vigentes no País.

Os empresários individuais (pessoas físicas) ou as sociedades empresárias (pessoas jurídicas) podem ser classificados segundo o porte da empresa nas seguintes categorias: microempresário; empresário de pequeno porte; empresário médio; e empresário de grande porte. O Novo Código Comercial não irá alterar as categorias de empresas atualmente previstas em diversas legislações, mas vai concentrá-las numa única lei.

Os microempresários, assim como os empresários de pequeno porte, continuarão a gozar de tratamento jurídico diferenciado, com o objetivo de incentivar seu desenvolvimento, na forma da lei específica destes empresários (Lei Complementar nº 123/2006). Esse tratamento diferenciado consiste na simplificação, eliminação ou redução de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. É o chamado "Simples Nacional", que permanecerá inalterado.

A mudança proposta pelo Projeto de Novo Código Comercial consistirá na simplificação da sociedade limitada. Esse tipo de sociedade é o utilizado pela grande maioria dos micros, pequenos e médios empresários no Brasil, correspondendo a mais de 95% dos registros de sociedade nas Juntas Comerciais.

O Projeto de Novo Código Comercial prevê a manutenção da Lei das Sociedades Anônimas de 1976. Buscará disciplinar novos assuntos, que não se encontram regulados por ela. Importante inovação relativa à responsabilidade dos sócios consiste no detalhamento e aprofundamento da disciplina da "desconsideração da pessoa jurídica".

Entretanto a desconsideração da pessoa jurídica não pode ser objeto de retrocesso legal, esse que se constitui num meio de se coibir fraudes e outras ilicitudes no meio empresarial. Além da proposta de inclusão do *trust* ou fideicomisso, que precisa ter uma normatização bem específica para evitar que possam sejam utilizados, por exemplo, como fonte de fraudes e evasão fiscal.

Mas o Projeto de Novo Código Comercial busca também simplificar a contabilidade dos empresários, dando maior importância às normas criadas pelos próprios contabilistas, por meio do Conselho Federal de Contabilidade.

O novo Código dispõe, por exemplo, sobre concorrência (CNC, 2016, p. 3):

Concorrência desleal é o emprego de meios ilegais, imorais, desonestos, fraudulentos ou repudiados pela

generalidade dos empresários que atua no mesmo segmento de mercado. E exemplifica como práticas desleais:

I - divulgação de informação falsa em detrimento da imagem de concorrente;

II - divulgação de informação falsa em proveito de sua própria imagem;

III - aliciamento, mediante recompensa de dinheiro ou outra utilidade, de empregado ou colaborador de concorrente para obter informação reservada, confidencial, sigilosa ou estratégica ou qualquer outro proveito indevido; e

IV - utilização de informação reservada, confidencial, sigilosa ou estratégica de um empresário, à qual teve acesso lícita ou ilícitamente, na exploração de empresa concorrente.

Concorrência ou conduta parasitária é o aproveitamento, sem a devida autorização, do potencial de resultados econômicos de marca, nome empresarial ou outros sinais distintivos alheios, de apelo publicitário notoriamente associado a outra empresa ou, por qualquer meio, de investimentos realizados por outrem na exploração de sua atividade econômica. Exemplifica como parasitismo:

I - a equiparação do produto ou serviço ao de outro empresário, concorrente ou não, feita com o propósito de difundir informação insuscetível de comprovação objetiva, sobre as qualidades dos que oferece ao mercado; e

II - a utilização de qualquer elemento de estabelecimento empresarial de outro empresário, concorrente ou não, especialmente os intangíveis, que possibilite a vantagem indevida de não ter que realizar determinado investimento na própria empresa.

Conforme Coelho (2016, p. 2), com a ausência de um código comercial, as decisões judiciais são tomadas com base no Código Civil, que, ao longo dos anos, agregou diversas leis relacionadas à conduta das relações empresariais. Com um Código Comercial que unifique essas regras, haverá maior segurança jurídica.

Atualmente, grande parte dos negócios entre empresários é realizada por meio de plataformas eletrônicas acessíveis pela internet, ainda não disciplinadas por lei. Coelho (2016, p. 3) explica que hoje, por exemplo, não há regulamentação do comércio eletrônico (compras feitas pela internet) e regras claras que estabeleçam a relação entre empresários desse setor.

O novo código pretende concentrar em um único livro leis relacionadas às sociedades, ao comércio eletrônico e ao direito marítimo. Entretanto, o novo Código Comercial disciplinará ape-

nas o comércio eletrônico entre empresários. O comércio eletrônico com os consumidores será objeto de disciplina na reforma do Código de Defesa do Consumidor.

Com a discussão do projeto, inclusive em várias capitais brasileiras, foram esclarecidas questões polêmicas, que foram devidamente excluídas do projeto. Entre estas, Negrini (2016, p. 2) destaca:

O dispositivo que tentava definir e reduzir o conceito de função social da empresa e o que permitia ao Ministério Público pedir a anulação do registro das empresas em caso de descumprimento de sua função social foi extinto.

Ora, a função social da empresa é um conceito abrangente, de cunho filosófico, econômico, constitucional, que não deve ser restringido por um artigo de lei. Da mesma forma o ministério público tem plenos poderes para atuar em defesa da sociedade, como na fiscalização de empresas.

E, por outro lado, medidas protetivas foram inseridas. Substitutivo aprovado pela comissão incluiu no projeto do novo código, por exemplo, questões relacionadas à fiscalização das companhias. A versão atual prevê que as fiscalizações presenciais, de rotina, deverão ser comunicadas às empresas com antecedência de 48 horas. Além disso, ficarão proibidas as fiscalizações simultâneas (do meio ambiente e do trabalho, por exemplo, no mesmo dia e hora). E, quando necessário o elemento surpresa, a fiscalização dependeria de ordem judicial.

Ademais, temos a opinião de Roque (2016) de que os valores do Direito Comercial foram esquecidos pelos operadores do Direito e precisam ser urgentemente resgatados.

Segundo esse autor, a mera oportunidade de corrigir essas falhas decorrentes da unificação legislativa, copiada da codificação italiana de 1942, já seria motivo suficiente para a edição de um novo Código Comercial. Ressalta que na parte do Código Civil que cuida do Direito de Empresa a palavra investimento simplesmente não é mencionada nenhuma vez, não estando nossa lei aparelhada para disciplinar satisfatoriamente os investimentos que o Brasil está prestes a receber.

11 A questão da falência transnacional

A lei de falências, datada de 2005, tem como princípio fundamental a permanência da empresa como agente gerador de emprego e renda para a sociedade, através da recuperação

extrajudicial e judicial de empresas, além da falência, inclusive com a participação dos credores na gestão, por meio de um comitê, que atua juntamente com o Administrador. Foi realmente um avanço na área falimentar.

Entretanto, a legislação brasileira é omissa na questão da falência transnacional. É nesse ponto a principal proposta de inovação do projeto de código.

As empresas que atuam em mais de um país devem se amoldar às diversas legislações, costumes e procedimentos de cada Estado. O Brasil avançou significativamente nesse sentido, ao adotar a regra de Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), em 2014.

Trata-se de lei modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), que congrega diversos países com o fim precípua de criação de um ambiente de relações comerciais internacionais seguro, fundado na concorrência, liberdade de mercado para modernização e harmonização das regras de comércio internacional.

Conforme Campinho (2016), desde 1997, a Uncitral editou uma outra lei-modelo, destinada ao tratamento da crise da empresa transnacional (*cross-border insolvency*), com a finalidade de que os Estados onde se situar a empresa transnacional possam estabelecer: a) cooperação entre as cortes e autoridades competentes dos países envolvidos; b) previsibilidade jurídica para as negociações e investimentos; c) razoável e eficiente administração judicial da insolvência transnacional, protegendo os interesses de todos os credores e terceiros interessados, incluindo-se o devedor; d) proteção e maximização do ativo do devedor; e e) facilitação da recuperação ou financiamento de empresas em dificuldades, protegendo o investimento e preservando o emprego.

A União Europeia, por meio do Regulamento 1.346/00, deu início à adoção da insolvência transnacional, reconhecendo que cada Estado-membro possui uma legislação própria sobre a matéria, bem como jurisdição para decidir sobre os bens e sociedades que se encontram em seu território, adotando a teoria territorialista, contrapondo a teoria universalista, em que um juízo seria o competente para decidir sobre todas as demandas referentes à empresa em dificuldades, onde quer que se situe no mundo.

Tanto no sistema europeu como no norte-americano, respeita-se a jurisdição (soberania) de cada país em que a empresa transnacional está situada. Decreta-se a falência ou concede-se

a recuperação judicial em cada país, com a elaboração de um protocolo de cooperação entre os Estados.

Demonstrando um caso concreto, Sérgio Campinho destaca o caso Eurotunnel, que abrangeu 17 sociedades em recuperação judicial, sediadas na Inglaterra e França, fixando-se como juízo competente o Tribunal do Comércio de Paris, onde foi identificado o principal estabelecimento, mesmo tendo sido verificado que o registro da sede social tinha lugar em Londres. O protocolo de insolvência foi elaborado para que as decisões francesas fossem cumpridas na Inglaterra, bem como a troca de informações se desse da maneira mais eficaz. O autor destaca também o caso do *Banco Lehman Brothers*, dos Estados Unidos, que, em 2008, no auge da crise norte-americana, esteve envolvido em 35 processos em 12 países, todos regidos por um protocolo firmado (*insolvency protocol*).

Conforme Magalhães (2015), o Brasil está muito atrasado em relação ao direito das empresas transnacionais em dificuldades. Nosso país, embora seja uma economia expressiva no comércio internacional e nele estejam estabelecidas diversas multinacionais estrangeiras, não apresenta uma estrutura jurídica capaz de lidar de forma adequada com os aspectos transfronteiriços da insolvência empresarial. E destaca:

O ápice do anteprojeto de Código Comercial brasileiro é a regulamentação da falência e da recuperação judicial transnacionais no seu Título IV. Em específico, o anteprojeto proceduraliza o processo falimentar transnacional, em sua seção IV, o que é inédito no ordenamento jurídico brasileiro (MAGALHÃES, 2015, p. 11).

O anteprojeto do novo código comercial traz a previsão da cooperação judiciária internacional e a cooperação dos juízos falimentares brasileiros com juízos falimentares estrangeiros, quando a crise da empresa tiver repercussão transnacional, como se transcreve:

Art. 36. Os juízos brasileiros cooperarão diretamente com os juízos falimentares estrangeiros, na forma deste Código e da lei, quando a crise da empresa tiver repercussão transnacional, com vistas aos seguintes objetivos:

I - aumentar a segurança jurídica na exploração de empresas e na realização de investimentos no Brasil;
II - eficiência na tramitação dos processos de falência e recuperação judicial transnacionais;
III - justa proteção dos direitos dos credores e do devedor;

IV - maximização do valor dos bens do devedor; e
V - facilitação da recuperação da empresa em crise.
§ 1º As disposições constantes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil é parte prevalecem, em caso de conflito, sobre as deste Código referentes à cooperação judiciária internacional.
§ 2º A interpretação das disposições deste Código referentes à cooperação judiciária com juízos falimentares estrangeiros deverá levar em conta sua origem em modelo legislativo internacional e a importância da uniformidade em sua aplicação no plano transnacional.

Também conforme Campinho (2016), o projeto do Código Comercial posiciona o Brasil na vanguarda mundial, ao legislar, na parte geral do Projeto de Código Comercial, sobre os princípios aplicáveis à falência transnacional, no § 5º, do artigo 9º. E prossegue:

Ao inserir o capítulo VII-A, à Lei 11.101/05, dispendo sobre a falência transnacional, incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro a lei modelo da Uncitral, disciplinando a cooperação entre o juízo brasileiro e os estrangeiros (artigo 188-A), sem a necessidade de carta rogatória (artigo 188-G) ou tradução juramentada (artigo 188-C, §1º), respeitado o princípio da ordem pública (artigo 188-I), com a previsão de que haverá um juízo principal (*main proceeding*) e um subsidiário (*non-main proceeding*) (artigo 188-N, I), respeitando a jurisdição (soberania) de cada país, exatamente nos termos das legislações mundiais mais avançadas sobre o tema.

Da mesma forma, cada Estado deve reconhecer, interna corporis, os procedimentos de insolvência alienígenas, devendo criar mecanismos de cooperação internacional entre autoridades judiciárias e equivalentes no âmbito do direito falimentar internacional. E destaca:

Não existe uma uniformização normativa, quer por meio de um acordo internacional, quer por meio de um tratado. Dessa feita, pode haver conflitos normativos entre Países. Logo, o direito falimentar internacional tem como foco estudar os impactos, em território nacional, de uma falência declarada no estrangeiro (CAMPINHO, 2016, p. 4).

Luiz Guerra tece uma série de questionamentos, que segundo Araripe ainda estão sem resposta:

Relações jurídicas novas estão a merecer novas soluções. Portanto, nos casos de recuperação extrajudicial ou judicial ou, ainda, de falência de empresário ou sociedade empresária, (esta formada por parceiros internacionais, ou mesmo sendo sociedade estrangeira, com atuação e estabelecimentos no Brasil), surge a indagação: quem é ou quem será o juízo competente para declarar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial? Os efeitos de tais pedidos afetam as relações no exterior?

O mesmo se diga de sociedade brasileira, com atuação no exterior. Deferido o concurso ou decretada a falência no exterior, quem é o juízo competente? Os efeitos da quebra no exterior afetam as relações no Brasil?

Os efeitos da recuperação e da falência se estendem aos estabelecimentos no exterior? Qual a dimensão dos referidos institutos no exercício da empresa, dentro e fora do território nacional? No caso de falência, quem exercerá o Juízo Universal? O Juízo Universal comportará desdobramentos, se ele é indivisível, unitário e funcional? Quem será nomeado Administrador Judicial e qual o alcance na prática dos atos de administração? Quem realizará a arrecadação de bens e outros ativos? (GUERRA, 2009, p. 2).

Correlaciona-se o Direito Falimentar com o Direito Internacional Privado, levando em consideração que o procedimento falimentar, em tempos de globalização econômica, não pode ficar adstrito aos limites territoriais de um dado Estado. É necessária essa interdisciplinaridade, haja vista que seus impactos são sentidos na economia de vários outros países.

LoPucki (2015) traz a ideia de se criar um Tribunal Internacional de Falências. Os Estados Unidos da América partiram na frente do disciplinamento legal das falências internacionais. Segundo Bufford *apud* Magalhães (2015, p. 10):

United States bankruptcy law follows a modified form of universality, which accepts as its central premise that assets should be collected and distributed on a worldwide basis. This view rests on the assumption that, in a system of international cooperation, any loss to local interests in one case will be roughly balanced by again in another case, while commerce in general will benefit greatly from the application of predictable rules. However, U.S. law reserves to local courts the discretion to evaluate the fairness of home country procedures and to protect the interests of local creditors in certain circumstances.

The enactment of Bankruptcy Code § 304 was a substantial step in the direction of the universality approach.¹

Esse é um dos pontos mais importantes em discussão no novo código, especialmente no mundo globalizado em que vivemos, onde empresas estrangeiras em território brasileiro podem vir a entrar em recuperação ou em falência ou empresas brasileiras no exterior podem vir a quebrar, passando a ser previsto na legislação nacional, reduzindo o risco jurídico e econômico na atividade empresarial.

12 Das críticas ao novo código comercial

Uma das críticas à publicação de um novo código comercial é que a sua implantação implicará também a reformulação das leis complementares a ele, pois o código é o núcleo sob cuja égide deverão girar as leis subalternas. Ele exigirá novas leis, revogação de algumas e alteração de outras e até de projetos de lei correndo no Congresso Nacional.

Há crítica ao nosso atual Direito Empresarial quanto à sua omissão sobre investimentos, mormente investimentos estrangeiros. Porém, não é da competência do Direito Empresarial regulamentar investimentos, que são objeto do Direito Econômico, e a sua regulamentação e controle ficam a cargo da CVM-Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil. Bastaria orientar esses dois órgãos públicos sobre as normas que eles emitirão; para isso, não é preciso novo Código Comercial.

Outro fundamento do novo Código Comercial é a defesa da livre concorrência e do livre mercado. Também essa questão não compete ao Código Comercial, mas ao Direito Econômico e à própria Constituição Federal, em que os vários dispositivos de defesa do livre mercado estão expostos. Além do mais, nada vemos em nossa legislação empresarial que atente contra o livre

¹ Tradução livre: "A Lei de Falências dos Estados Unidos segue um conceito diferenciado de universalidade, que aceita como sua a premissa central de que os ativos devem ser recolhidos e distribuídos no mundo todo. Essa visão se baseia na suposição de que, em um sistema de cooperação internacional, qualquer perda local em um dado caso será compensada por um ganho em outro caso, enquanto o comércio em geral irá se beneficiar da aplicação de regras previsíveis. No entanto, as leis americanas conferem aos tribunais locais a discricionariedade para avaliar os procedimentos do país estrangeiro, com vistas à proteção dos interesses dos credores locais. A promulgação do Código de Falências americano foi um passo importante na direção da universalidade".

mercado e a livre-iniciativa, assegurados em nossa Constituição e em várias leis atinentes ao Direito Econômico.

Defendem que se evite a expressão Código Comercial e todas as palavras cognatas, como comerciante, comércio, comercial e várias outras. Esses termos foram banidos do Direito Empresarial desde o Código Civil Italiano de 1942, no qual o nosso se fundamentou. Como aduz Roque (2016, p. 3):

Nosso atual Código Civil não os utiliza tampouco e leis surgidas ultimamente no Brasil os desterraram. São termos introduzidos no direito brasileiro em 1850 pelo antigo Código Comercial, o já revogado Código Comercial de 1850. Querer ressuscitar esses termos e trazê-los de volta ao moderno direito é manifesto retrocesso; é a volta ao passado distante, superado e indesejado.

Critica-se tanto nosso Direito Empresarial por ser antiquado e centenário, e, entretanto, cogita-se da reconstituição da nomenclatura de 1850, afastando a atual. Nessas condições, o novo Código Comercial estará batendo de frente com a moderna legislação brasileira e com o progresso. Sugerimos pois que modifiquem pelo menos o nome do novo código, para Código Empresarial ou Código de Direito Empresarial.

O projeto, ao mesmo tempo em que estabelece como princípio do direito comercial societário a autonomia patrimonial da sociedade empresária, mantém a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Transcrevemos opinião de Verçosa (2016, p. 2):

Tratando-se de uma pretensa modernização desse ramo do direito, o papel do comercialista seria o de estabelecer verdadeiramente a separação patrimonial entre sociedade e sócios, acabando de uma vez por todas com o recurso ao patrimônio dos sócios para o pagamento dos credores sociais. A exceção ficaria tão somente para o caso do abuso da personalidade ou de fraude à lei. Isto implicaria extinguir os antigos modelos societários não mais necessários nem utilizados entre nós, tal como ainda previsto no projeto quanto à sociedade em nome coletivo e a comandita simples.

A denominação atualmente adequada para a anônima é simplesmente a de *companhia*, uma vez que as ações ao portador estão desaparecidas do nosso direito desde a década de noventa do século passado e, portanto, os acionistas não são mais *anônimos* (identificados apenas no momento em que comparecessem às assembleias gerais para votar), mas conheci-

dos mediante a verificação dos registros feitos nos livros competentes. Os acionistas têm na lei à sua disposição instrumentos diversos para a defesa dos seus interesses, sem necessitar da intromissão do juiz e de um terceiro como pressuposto para tal finalidade. Será uma instância a mais, desnecessária e onerosa.

Para o fim de atender adequadamente à atividade empresarial de menor magnitude econômica, outros ordenamentos jurídicos criaram sociedades unipessoais e estabelecimentos comerciais dotados de plena autonomia patrimonial, tais como a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI).

O autor define como inutilidade o previsto no art. 115, onde é disposto que a sociedade empresária não se confunde com os seus sócios, pois todos os nossos tipos societários são personificados, do que resulta "não ser possível a confusão entre essas pessoas. Entre elas não se conta a chamada sociedade em comum de que fala o Código Civil, pois se trata de uma comunhão de bens. Mais uma vez ressalve-se a EIRELI" (VERÇOSA, 2016, p. 3).

Destaca também que o art. 116, ao dispor sobre a não responsabilidade dos sócios, não ressalta que, se de um lado na companhia os acionistas jamais respondem com seu patrimônio pelas obrigações sociais, na sociedade limitada a responsabilidade subsidiária, e solidária entre os sócios, ocorre quando o capital social não está integralizado. Como destaca Verçosa (2016, p. 3):

No que diz respeito às sociedades limitadas, consideram necessária uma reforma no sentido da restauração do seu caráter predominantemente contratual, em cuja instituição os sócios tivessem plena liberdade de construir o sistema de fiscalização interna segundo a sua vontade e para cada caso concreto, a partir de um *mínimo legal*. E, em uma sociedade de pequeno e médio porte, a intromissão de terceiro como órgão de fiscalização no interesse de sócios minoritários somente traria custos desnecessários.

O projeto traz para a sociedade empresarial o ônus de provar que a pessoa física ou jurídica não empresária que com ela contratou tenha agido de má-fé, como pressuposto para isentar-se de responsabilidade por atos dos seus administradores.

O projeto, em seu artigo 120, dispõe que o investimento do sócio minoritário é protegido mediante a responsabilização do majoritário no caso de exercício abusivo dos direitos societários.

Há a previsão no art. 123 da figura do fiscal judicial temporário, para todos os tipos de sociedades, a ser designado pelo

juiz, a pedido justificado de sócio com participação mínima de 5% no capital social, não importando se isso resulta de ações ordinárias ou preferenciais, quando se trata de companhia.

Como se percebe, tal novidade implicará a permissão para o nascimento de um foco permanente de tensões na sociedade, inteiramente injustificáveis. Evidentemente ela não poderia ser aplicada às companhias abertas, pois infringiria as normas sobre o mercado de capitais, especialmente por invadir a competência fiscalizatória da CVM.

O art. 124 traz a conhecida regra segundo a qual a sociedade não se obriga pelos atos dos administradores que ultrapassem os poderes que lhes são dados pelo contrato social ou pelo estatuto. Mas são criadas duas outras novidades, representadas pelo tratamento diferenciado entre as relações interempresariais e aquelas com pessoas físicas ou jurídicas não empresárias.

Papini (2016) destaca que atualmente o Código Civil aplica-se apenas subsidiariamente à sociedade anônima, mas no projeto de lei do Código Comercial a regra supletiva de aplicação da lei especial (Lei das S.A.) preconiza exatamente o contrário do previsto no Código Civil, no parágrafo único do art. 144, dispondo o seguinte: "No que não for regulado neste Código, sujeita-se a sociedade anônima à lei especial".

Ressalta que no artigo 150 o projeto do novo código deferre tratamento especial ao microempresário ou empresário de pequeno porte em caso de redução de capital da companhia, obrigando-se a sociedade a avisá-los nos três dias seguintes à publicação da ata da assembleia geral.

No artigo 154 está previsto que a lei definirá os direitos essenciais do acionista, o que, segundo o mesmo, pode inferir a revogação do art. 109 da LSA, que já os define em *numerus clausus*. E destaca:

Apesar do desconforto, felizmente, espera-se que dessa impropriedade não decorram prejuízos, se considerarmos que, em consonância com já consagrados princípios de interpretação, a lei geral posterior não revoga a lei especial anterior, a não ser que o faça expressamente ou que trata da mesma matéria objeto da primeira (PANINI, 2016, p. 70).

No capítulo que trata da estrutura societária, o projeto de lei altera o processo de escolha dos membros da mesa diretora dos trabalhos da assembleia do conselho de administração. Dispõe que, em caso de omissão do estatuto, a assembleia deverá ser presidida pelo acionista presente titular do maior número de

ações votantes. Havendo mais de um acionista na mesma condição, a assembleia será presidida pelo sócio mais antigo ou mais idoso, cabendo a este a escolha do secretário.

Na eleição dos membros do conselho de administração o projeto de lei dispõe no art. 164 que a eleição será majoritária ou proporcional, segundo dispuser o estatuto ou, em sua omissão, conforme deliberar a assembleia. Na modalidade majoritária prevalece a maioria dos votos presentes; na proporcional, pode cada acionista distribuir seus votos entre vários candidatos ou concentrá-los em apenas um, sendo eleitos os candidatos que receberem maior sufrágio.

Panini (2016) também critica que o projeto do novo código praticamente afasta o representante das minorias no conselho de administração. Na vigente lei acionária o exercício dos acionistas minoritários é assegurado por lei. Também afirma que o projeto não regula a hipótese de destituição de conselheiro eleito pelo voto proporcional nem assegura o voto em separado assegurado aos acionistas minoritários com e sem direito a voto nas companhias abertas, previstos no artigo 141 da Lei das Sociedades Anônimas.

O autor destaca que as alterações propostas preconizam "a adoção de práticas de governança corporativa para sobrepor os interesses da sociedade, proteger os acionistas minoritários e conferir transparência aos negócios sociais" (PANINI, 2016, p. 71).

Para aprimorar a gestão corporativa, cita o exemplo da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), "que tem um segmento de listagem destinado à negociação de ações emitidas por empresas que se comprometem, voluntariamente, com a adoção de práticas de governança corporativa e disclosure" (PANINI, 2016, p. 71):

As propostas do novo código na área das sociedades anônimas não devem provocar muitas alterações na legislação, mas podem criar um clima de insegurança e incerteza na área jurídica que opera e aplica a LSA, porque incompletas e em alguns casos discrepantes com o regime legal acionário vigente. [...] Na prática, cria-se o pior dos mundos, quando a mesma matéria é concomitantemente regulada por uma lei geral e outra especial, editadas em épocas diferentes

A nosso ver, a legislação societária, mais especificamente quanto às sociedades anônimas, no caso de aprovação do novo código, deve ser objeto de futura adequação normativa, vez que é uma regra complexa, detalhista e que se aplica a uma das mais importantes sociedades empresariais de nosso país.

Entretanto, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, a opinião predominante é não alterar a Lei das Sociedades Anônimas.

13 Do contraponto às críticas ao novo código comercial

Pela abordagem de Negrini (2016), a corrente contrária ao novo código acusa que nosso código foi copiado do Código Civil Italiano de 1942, obra da ditadura fascista que infelicitou o mundo. Não se trata de reprodução *ipsis litteris* de outro código, mas de um texto original, autêntico e consentâneo com o meio ambiente físico-social brasileiro, e com nossa tradição jurídica. Foi elaborado por juristas brasileiros e com experiência jurídica de nossos tribunais e nossas cátedras. Nenhum sinal de fascismo se vislumbra nos artigos de nosso Código Civil. E dispõe:

O Código Comercial francês é de 1808 e os franceses não pensam em substituí-lo, mas vão adicionando leis modernas. O Código italiano é de 1942, tendo 70 anos e é considerado ultramoderno e figura como modelo do código de vários países. O Código Comercial alemão, o BGB, é de 1900, o Português de 1883, o espanhol de 1885, o argentino de 1862, e não se consideram superados, nem exigem novo código. O código civil brasileiro, no qual está inserido o Código Comercial, é de 2002 e é considerado moderno pela maioria dos juristas brasileiros. Tem apenas dez anos e já se arremetem contra ele por ser antigo e antiquado, reclamando sua substituição.

O primeiro Código Civil durou quase um século e nosso Código Comercial mais de um século e meio, exigindo longos anos de lutas para que fossem substituídos. Por que não se faz o aperfeiçoamento de certas leis já superadas pelo tempo? Por que se promulgam algumas leis mercantis necessárias, muitas delas já aprovadas pelo Congresso Nacional, como é o caso da Lei do Fomento Mercantil (factoring), do Arrendamento Mercantil (leasing), da Alienação Fiduciária em Garantia? (NEGRINI, 2016, p. 3).

A tônica dessa campanha é a de que nosso Código Comercial é de 1850 e por isso é necessário um novo código. Entretanto, o que sobrou do antigo Código Comercial de 1850 é apenas a parte referente ao Direito Marítimo, que é bastante antiga. Conforme Negrini, um passo simples poderia ser dado nesse sentido: a subscrição de várias convenções internacionais sobre Direito Marítimo. Pode-se até apontar duas convenções de Bruxelas: uma sobre transporte de passageiros e outra sobre transporte de mer-

cadorias. O Brasil é um dos poucos países não subscritores dessas convenções.

O Código Civil está completando dez anos e durante esse tempo crítica alguma se ouviu a seu respeito. Ninguém havia notado que era um código fascista, nem que era superado e falho, até que se iniciasse a discussão do novo código comercial. Mas somente as discussões no Legislativo, por juristas e pelo povo poderão levar ao aperfeiçoamento de uma nova legislação de direito comercial.

14 Da abordagem de Fábio Ulhoa Coelho

Passamos a discorrer sobre a posição de Fábio Ulhoa Coelho, coordenador da comissão de juristas do novo código.

Em seminário na cidade de São Paulo (2013), o jurista destacou que no projeto do novo código, inicialmente composto por quatro livros, foram apresentadas duas emendas para acrescentar ao projeto mais dois livros: um referente ao direito do agronegócio e outro para o Código Comercial Marítimo.

Na emenda sobre agronegócio, a proposta preserva o interesse do país na preservação da cadeia produtiva, que não se limita ao setor primário, mas envolve a indústria e o comércio. Na emenda sobre direito marítimo, o objetivo é assegurar maior equilíbrio nas relações comerciais. E discorre sobre os vários livros da proposta do novo código comercial.

No primeiro livro, que trata da empresa e do empresário, segundo ele, a legislação atual carece de detalhamento de regras que amparem o princípio constitucional sobre a função social da empresa, o que dificulta o trabalho dos juízes e dá margem a interpretações diversas. "É imprescindível que o legislador defina qual é a função social da empresa para que haja segurança jurídica" (COELHO, 2013).

O livro 2 dispõe sobre as sociedades empresárias, estipulando inclusive a autorização do ato societário por meio eletrônico, o que permitirá que membros de conselhos de administração participem de reuniões por videoconferência.

Sobre o livro 3, das obrigações, contratos e títulos de crédito, o projeto do novo código estabelece duas mudanças que acabam com a unificação do direito privado (2013):

O retorno ao regime simplificado, "desburocratizado", de sociedade limitada, que antecedia o código civil, e uma disciplina da dissolução da sociedade limitada em caso de morte, exclusão e da retirada do sócio, o que corresponde a mais de 90%, segundo ele, das deman-

das judiciais. As novas regras acabam com a unificação do direito privado proposta. "Não é possível submeter às mesmas regras de negócios a vocação de um imóvel residencial e a compra e venda de uma sociedade anônima. [...] É hora de separar de novo os dois regimes", disse o professor, citando como exemplo a necessidade de criar regras específicas para cláusula penal em direito comercial. Outro avanço, segundo ele, é que o projeto do código comercial confere ao nome empresarial a natureza de bem patrimonial e sua imprescritibilidade da ação de anulação de nome empresarial, "trazendo segurança jurídica para os empresários".

O livro 4 contempla princípios relativos à crise da empresa, mantendo a Lei 11.101, tanto com as normas de direito material quanto de processual.

Salientamos, por outro lado, que se abordará a questão da falência transnacional, tema inédito em nossa legislação, mas bastante oportuno, em face da progressiva globalização da economia nos tempos atuais.

Para o jurista, que vem presidindo discussões em vários estados da Federação, não há que se dizer que o "O direito comercial não é compatível com a codificação" (COELHO, 2016, p. 12). Essa crítica é incorreta porque o Direito Comercial brasileiro é e sempre foi objeto de codificação. O Código Comercial de 1850 ainda está em vigor, em sua segunda parte, que disciplina o direito marítimo; e a matéria que era objeto da primeira parte está, desde 2002, codificada no Código Civil (COELHO, 2016).

O Direito Comercial está codificado na maioria dos países, em Códigos próprios (Portugal, Espanha, França, Alemanha, Estados Unidos etc.) ou em Códigos unificados (Itália e Argentina).

O projeto contempla várias inovações, tais como alterações na disciplina da sociedade limitada, com a supressão de exigências burocráticas injustificáveis, admissão da unipessoalidade, eliminação da complexidade dos quóruns deliberativos, legalização das quotas preferenciais sem direito a voto, autorização para a emissão privada de debêntures e sistematização da liquidação da quota e apuração de haveres (artigos 132 a 203).

Há a proposta de modernização do regime societário, com a supressão de tipos societários em desuso (sociedades em comandita), como também da disciplina da escrituração dos negócios jurídicos, atos societários, contratos e títulos de crédito em suporte eletrônico (artigos 53, 58, § 4º, 81, parágrafo único, 116, 273, 367, 372 e 374).

Há destaque para a disciplina do comércio eletrônico (artigos 101 a 105) e a atualização da regência das Duplicatas (artigos 415 a 429) e dos títulos armazeneiros (artigos 430 a 445), a supressão da diversidade de disciplina do contrato de compra e venda, uniformizando as regras aplicáveis às operações realizadas no comércio interno e externo (Convenção de Viena) (artigos 289 a 310).

Destaque-se a disciplina dos contratos de fomento mercantil (artigos 363 a 366), venda direta (artigo 334), fornecimento de mercadorias (artigo 311) e do contrato fiduciário (*trust*) (artigos 353 a 362), além da modernização da disciplina do direito marítimo (Livro IV da Parte Especial), a sistematização da disciplina do direito do agronegócio, dispendo sobre a proteção da rede de negócios (Livro III da Parte Especial).

Há dispositivos sobre a redução dos prazos de prescrição (artigos 95 e 96), supressão da necessidade de decreto presidencial para empresa estrangeira poder funcionar no país (artigo 128) e disciplina da falência transnacional (artigo 777, § 3º). Sobre a responsabilidade dos sócios, Coelho (2016, p. 3) comenta:

Também há detalhamento da disciplina de direito material da desconsideração da personalidade jurídica, explicitando a impossibilidade de sua decretação sem os respectivos pressupostos (art. 121) e proibição da extensão dos efeitos da falência nas hipóteses em que não couber a desconsideração (introdução do art. 82-A na lei 11.101/05, pelo art. 777, § 2º).

Há a previsão de que somente em caso de expressa previsão legal caberá a responsabilidade civil objetiva do empresário (artigo 269, II), e de que as relações entre os empresários, relativas à exploração das respectivas empresas, não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor (artigos 264, § 3º, e 272, § 3º).

Ponto importante é a instituição da figura do empresário individual de responsabilidade limitada, por meio da exploração da empresa em regime fiduciário (artigos 31 a 34), extensão da proteção do nome empresarial para todo o território nacional (artigo 39), proteção da empresa contra abusos na fiscalização administrativa (artigos 73 a 79).

Além disso, há a correção das imperfeições do Código Civil relativamente à natureza do nome empresarial (elemento de empresa e não projeção da personalidade do empresário), aos contratos empresariais (em especial a agência, distribuição e prestação de serviços) e ao regime cambiário, bem como as pertinentes às operações societárias e aos grupos de sociedade (harmonizando as normas codificadas com as da LSA) e acerca dos pra-

zos prescricionais de direito marítimo (que foram indevidamente ampliados).

Crítica-se a redação do art. 188-L, III, a ser introduzido na lei 11.101/05, por prever que o credor estrangeiro só será pago após os quirografários na falência transnacional. Alega-se que isso afugentaria investimentos estrangeiros do Brasil. Sobre o tema dispõe Coelho (2016, p. 3):

Esta crítica não procede, porque a falência transnacional não é, nem poderia ser, a criação de uma jurisdição falimentar internacional. Trata-se de um sistema de organização e troca de informações entre juízos falimentares de diferentes jurisdições, bem como de viabilização da colaboração recíproca independentemente das formalidades das cartas rogatórias. Nada mais. A falência transnacional não torna qualquer crédito executável indistintamente em qualquer jurisdição. O universalismo continuará a ser uma teoria acadêmica, enquanto os direitos positivos permanecerem aferrados ao territorialismo.

A questão é menos de direito falimentar e mais de direito constitucional. Como deve proceder o titular de um crédito não executável no Brasil, ao vislumbrar a chance de recuperá-lo, em todo ou em parte, na falência do devedor aqui instalada? Hoje, ele deve inicialmente tornar seu crédito executável no Brasil. Para tanto, precisa obter a condenação judicial do devedor na jurisdição competente e, depois, levar à homologação do Superior Tribunal de Justiça a sentença estrangeira que lhe garante o crédito (CF, art. 105, I, *ñ*).

O que a lei ordinária pode fazer para facilitar a recuperação do crédito ao titular de obrigação não executável no Brasil é apenas o que prevê o art. 188-L, III: depois de todos os créditos executáveis no Brasil serem satisfeitos, se ainda restarem recursos na massa, eles podem ser utilizados para satisfazer os créditos não executáveis no Brasil. Isso poupará o credor estrangeiro de obter a prévia condenação judicial estrangeira e a respectiva homologação no STJ.

Claro, se, mesmo depois da introdução da falência transnacional na lei brasileira, aquele credor titular de crédito não executável no Brasil entender que somente conseguirá recuperá-lo concorrendo com os demais quirografários (se ele tiver uma garantia real no Brasil, esse crédito será, por definição, aqui executável e a questão não se põe), não lhe restará outra alternativa senão a que hoje ele já possui, isto é, ir buscar a condenação judicial no exterior e a subsequente homologação da sentença estrangeira no STJ.

Ademais, além de ser a única disposição admissível no direito constitucional brasileiro, o art. 188-L, III, está em plena harmonia com as normas internacionais sobre falência transnacional. Esta lei-modelo estabelece que o estrangeiro deve ser tratado em igualdade de condições com o nacional quanto à instauração e ao acompanhamento da falência transnacional. Mas excepciona expressamente a "ordem de pagamento" do tratamento igualitário (art. 13, alínea 2). E essa exceção decorre exatamente da impossibilidade de um processo de falência transnacional servir como uma execução concursal internacional, acima das jurisdições e soberanias nacionais.

A lei processual deve estar plenamente harmonizada com a lei material. Todos concordam que se houver incompatibilidade entre elas isso só geraria confusão e insegurança jurídica. O CPC/15 disciplina a ação de dissolução de sociedade (arts. 599 a 609), tomando por pressuposto a vigência das regras sobre resolução da sociedade constantes do CC (arts. 1.028 a 1.032).

Como o projeto prevê a mudança substancial das regras sobre a liquidação da quota e apuração de haveres (artigos 166 a 185), se não se proceder às alterações correspondentes no CPC/15, sobrevirão sérias e indesejáveis discrepâncias entre as disposições materiais e processuais atinentes ao mesmo tema.

Coelho (2016, p. 3) defende que "é *imprescindível*, portanto, que o CPC-15, malgrado sua recente edição, seja alterado na disciplina da ação de dissolução de sociedades".

Sobre a teoria da imprevisão, Forgioni (2016) destaca que tal teoria foi construída para tratar de interesses conflitantes em decorrência de situações verdadeiramente excepcionais: as duas Guerras Mundiais que sacudiram o planeta na primeira metade do século passado.

Mas, embora nada de minimamente parecido com essas situações realmente excepcionais esteja acontecendo no Brasil há várias décadas, avolumam-se as decisões judiciais e reflexões doutrinárias que implicam verdadeira distorção do instituto, quando se têm em mira os contratos entre empresários. Por exemplo: variações cambiais, ainda que acentuadas, não são imprevisíveis num regime de flutuação de câmbio, principalmente se o sujeito, enquanto empresário, dispôs-se a assumir riscos econômicos.

Como nem sempre se tem clareza das diferenças entre imprevisibilidade e riscos empresariais, da lei comercial espera-se uma determinação mais incisiva, que defina como absolutamente excepcional a revisão dos contratos comerciais. É o que prevê o Projeto nos artigos 6º, III, §§ 2º e 3º, e 288 (COELHO, 2016).

O projeto do novo código comercial busca levar mais autonomia para esse ramo do direito, que segundo os comercialistas foi indevidamente colocado dentro do código civil, quando suas regras e princípios são distintos; e procura trazer a tecnologia para as relações comerciais, tornando-as céleres e dinâmicas, como dinâmico é o comércio nos tempos atuais.

Porém, o nome adotado pode ser código empresarial, em face da teoria da empresa em vigor no Brasil, o que daria uma ideia menor de ruptura com o Código Civil de 2002, que quis promover a unificação do direito privado, mas deixou de fora assuntos como, por exemplo, recuperação judicial e falências.

Segundo Caram (2016, p. 1), o novo código "vai organizar as leis empresariais, reduzir a burocracia, modernizar a legislação e dar mais segurança jurídica às decisões de investimento das companhias". E, em face da diversidade de questões abordadas e de normas legais já existentes, um novo código pode resultar em avanços para os estudiosos e aplicadores do direito.

Mas devemos também evitar que ideias econômicas e políticas se sobreponham aos interesses jurídicos, principalmente quando se for votar tal matéria, que ainda tem um grande processo legislativo a ser percorrido em prol de uma legislação que reflita os interesses de nossa sociedade.

Com leis esparsas ou código, seja comercial, seja empresarial, o importante é que se busque a atualização e modernização de tal matéria no nosso sistema jurídico e sua adequação aos interesses da sociedade.

Conclusão

Neste trabalho foi descrita a origem e evolução do comércio, baseado inicialmente somente em usos e costumes, mas que, devido ao seu incremento, foi sendo aos poucos objeto da legislação de vários Estados, de forma incipiente até o Código Napoleônico de 1808, marco do direito comercial, que influenciou o ordenamento jurídico de vários países, inclusive o brasileiro, no Código Comercial de 1850.

Porém, a teoria dos atos de comércio, disposta no Código Francês, assegurava privilégios aos comerciantes, mas excluía grande parte das entidades que produziam riquezas para o país.

O Código Italiano de 1942, elaborado durante o regime fascista, em que um dos objetivos era tentar conciliar a luta de classes baseada no Marxismo, que se contrapunha àquele regime, superou a ideologia política e se difundiu para outros países, através da Teoria da Empresa, concedendo mais direitos a quem pro-

duzia bens e gerava emprego e renda, mais abrangente do que a atividade comercial, sendo a base do direito empresarial.

A Teoria da Empresa foi adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que tentou também unificar o direito privado nacional, muito embora persistam leis esparsas que regulam a atividade. Assim, por sua abrangência, não permitiu a esperada unificação.

Hoje temos um direito comercial que evoluiu, passando a abranger atividades de caráter empresarial, antes consideradas meramente civis, e com grande repercussão na economia do país.

A legislação se fundamenta no princípio da continuidade da empresa, com vários institutos previstos na legislação, tais como a recuperação judicial e o próprio papel do governo na concessão de créditos, em sua função de Estado Social, bem distante da Teoria do Estado Mínimo, que procura não participar da função econômica do país.

O direito comercial, antes baseado nos atos de comércio, evoluiu para regular uma atividade de grande importância para a economia nacional, geradora de emprego e renda, baseando-se atualmente na Teoria da Empresa.

Há a proposta de um novo código comercial aglutinando normas sobre o tema, que pode ser chamado também de código empresarial, o qual nunca deixou de ter sua autonomia como ramo do direito, mas que busca se apresentar com normas modernas e atualizadas para regular a atuação de nossas atividades econômicas, que abrangem inclusive grupos econômicos de países, com repercussão no âmbito social, político e diplomático, com cada país buscando mais e mais mercados consumidores em todo o mundo, a fim de obter divisas e incrementar suas economias, com visível repercussão no âmbito social.

Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. **Direito de empresa no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, Senado Federal. **Cartilha do Novo Código Comercial Brasileiro**. 2016.

CAMPINHO, Sérgio. **A falência transnacional no projeto do código comercial**. 2016. Disponível em: <www.cojur.com.br>. Acesso em: 24 fev. 2017.

CAMPOS, Helena Maria. Novo Paradigma da Atividade Empresarial. **Revista Eletrônica Jurídica da Universidade de Rio Verde** – Faculdade de Direito, ano 1, n. 1, fev. 2010. Disponível em: <http://www.fesurv.br/download/direito/20101_revista_juridica_n1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CARAM, Guilherme. **Votação do novo código comercial é novamente adiada**. 2016. Disponível em: <gl.globo.com.br>. Acesso em: 17 abr. 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 13.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Contraponto às críticas ao novo código comercial**. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 fev. 2017.

CNC, Confederação Nacional do Comércio. **Cartilha do novo código comercial**. 2016.

FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. Em RDM 130/7-38. 2016. Acesso em: 23 jan. 2017.

GUERRA, Luiz Antonio. Falência internacional: juízo universal extranacional: matéria que merece tratamento legal. **Univ. JUS**, Brasília, n. 19, p. 63-113, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>. Acesso em: 20 fev. 2017.

LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no código civil**. São Paulo: RT, 2003.

LOPUCKI, Lynn M. **Cooperation in international bankruptcy: a post-universalist approach**. 2015. Disponível em: <http://www.lawschool.cornell.edu>. Acesso em: 20 fev. 2017.

MAGALHÃES, Átila de A.A. **Falência transfronteira: inovação constante no anteprojeto do novo código comercial brasileiro**. 2015. Disponível em <www.uniforppg.com.br>. Acesso em: 23 fev. 2017.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, FÁTIMA A.K. **O direito comercial não perdeu a sua autonomia**. 2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2017.

MENDONÇA, José Xavier C.de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. vol. 1.

NEGRINI, Mauro. **Novo código comercial vai mudar rotinas das empresas**. 2016. Disponível em: <www.mauronegrini.com.br>. Acesso em: 1 fev. 2017.

PANINI, Roberto. A sociedade anônima no projeto do novo código comercial. **Revista Visão jurídica**, edição 122, 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROQUE, Sebastião J. **Críticas ao novo código comercial**. 2016. Disponível em: <www.jurisite.com.br>. Acesso em: 22 jan. 2017.

VERÇOSA, Haroldo M.D. **Críticas ao novo código comercial**. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 4 fev. 2017.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil** (introdução e parte geral). 13^a ed. São Paulo: RT, 2011.